

GUARDA COMPARTILHADA: HISTÓRICO E PREVISÃO LEGAL

Susana Glória dos Santos Moreira Jacinto

Resumo

A guarda compartilhada tem ganhado crescente relevância no cenário jurídico brasileiro como um mecanismo de promoção da convivência equilibrada e saudável entre pais e filhos após a dissolução da união conjugal. Este artigo analisa a evolução histórica e a previsão legal da guarda compartilhada no Brasil, com ênfase no artigo 1584 da Lei nº 10.406/2002, alterado pela Lei nº 11.698/2008, que estabelece diretrizes para a implementação desta modalidade de guarda. O estudo aborda o contexto histórico e a motivação legislativa por trás da implementação da guarda compartilhada, destacando o papel das mudanças sociais e culturais na valorização da corresponsabilidade parental. A análise jurídica detalha como o artigo 1584 promove a guarda compartilhada como a modalidade preferencial, salvo em casos de inviabilidade, enfatizando a importância da cooperação e da comunicação entre os pais para o bem-estar dos filhos. Além disso, o artigo discute os benefícios da guarda compartilhada para a criança, incluindo a manutenção de vínculos afetivos com ambos os genitores, a continuidade de um ambiente familiar equilibrado e a promoção de um desenvolvimento emocional saudável. A previsão legal da guarda compartilhada busca incentivar uma parentalidade responsável e colaborativa, mitigando os impactos negativos da separação dos pais sobre os filhos. Conclui-se que a guarda compartilhada, conforme prevista no artigo 1584 da Lei nº 10.406/2002, representa um avanço significativo na legislação brasileira, promovendo uma prática de parentalidade que prioriza os interesses e o bem-estar da criança, ao mesmo tempo em que estimula a participação ativa e equilibrada de ambos os genitores na criação dos filhos.

Palavras-chave: Guarda compartilhada; Direito de Família; Parentalidade; Direito civil.

Abstract

Shared custody has gained increasing relevance in the Brazilian legal landscape as a mechanism to promote balanced and healthy interaction between parents and children after the dissolution of the marital union. This article analyzes the historical evolution and legal framework of shared custody in Brazil, with an emphasis on Article 1584 of Law No. 10,406/2002, amended by Law No. 11,698/2008, which establishes guidelines for the implementation of this custody model. The study addresses the historical context and the legislative motivation behind the implementation of shared custody, highlighting the role of social and cultural changes in valuing parental co-responsibility. The legal analysis details how Article 1584 promotes shared custody as the preferred model, except in cases of unfeasibility, emphasizing the importance of cooperation and communication between parents for the well-being of the children. Additionally, the article discusses the benefits of shared custody for the child, including maintaining emotional bonds with both parents, continuity of a balanced family environment, and the promotion of healthy emotional development. The legal provision of shared custody seeks to encourage responsible and collaborative parenting, mitigating the negative impacts of parental separation on children. It concludes that shared custody, as provided in Article 1584 of Law No. 10,406/2002, represents a significant advancement in Brazilian legislation, promoting a parenting practice that prioritizes the interests and well-being of the child, while encouraging the active and balanced participation of both parents in raising their children.

Keywords: Shared Custody; Family Law; Parenting; Civil Law.

INTRODUÇÃO

1

O artigo analisa o conceito de guarda compartilhada à luz da doutrina nacional, para que se possa estudar de forma dinâmica este instituto do direito civil. Posteriormente, será feito um estudo histórico do tema, de modo a se verificar o seu surgimento e evolução no direito positivo brasileiro.

Para isso, serão feitas três divisões históricas. A primeira delas com fundamento no tratamento que a matéria recebia da legislação anterior ao Código Civil de 1916, perpassando por uma análise sob o viés daquele diploma legal e, por fim, estudando o panorama hodierno, tomando como referência a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil atual, e suas posteriores modificações.

Nesse sentido, cumpre destacar que o Código Civil de 2002 expressou especial preocupação com o

tema, reservando um capítulo para tratar da proteção da pessoa dos filhos, composto pelos artigos 1.583 a 1.590, os quais serão estudados de forma pormenorizada adiante. Tem-se o entendimento que a dissolução das sociedades conjugais não poderá ensejar prejuízos aos filhos, os quais deverão ter as suas garantias preservadas e resguardadas, os quais serão de ordem material e imaterial, em observância ao princípio da dignidade humana, conforme consagrado pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988).

Assim, a Legislação contemporânea busca preservar o melhor interesse dos filhos, de forma a resguardar a sua dignidade, durante o processo de dissolução da sociedade conjugal, o qual poderá ensejar vários prejuízos à criança e ao adolescente. A lei procura fomentar, pois, o que se entende por parentalidade responsável, tema a ser tratado no último tópico deste introyto, consagrados nos artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil de 2002 (Brasil, 2002).

Em adição, o art. 1.586, CC/2002, reforça toda esta preocupação ao permitir que havendo *graves* motivos, nos termos do referido artigo, poderá o magistrado dispor da forma diversa daquela prevista em lei, de acordo com o juízo de conveniência, observando, entre outros requisitos, a proporcionalidade e a razoabilidade, em conformidade com o que dispõe o art. 8ª do Código de Processo Civil de 2015. (Brasil, 2015).

1.1 Conceito e surgimento no direito positivo brasileiro

O direito de família é um tópico que compõe a grande seara estudada pelo direito civil. Sua posição metodológica e legislativa não poderia ser diferente, uma vez que essa matéria é a área que se ocupa por disciplinar os atos da vida comum, como os contratos, as relações financeiras, o direito patrimonial e, não menos importante, o relacionamento humano, na sua esfera mais íntima, isto é, a constituição de relações afetivas com o propósito de constituir família.

Trata-se, pois, de assunto eminentemente do direito privado. No entanto, como se verá adiante, com a constitucionalização das relações privadas, esse ramo direito não deixou de sofrer influência provinda do direito público, especialmente do direito constitucional. Essas conclusões podem ser extraídas do Código Civil de 2002 que reservou o Livro IV daquela legislação civil (Brasília, 2002).

Os primeiros agrupamentos humanos já constituíam família, ainda que numa forma primitiva. Recuando no tempo, é possível verificar formas primordiais de família há quase cinco milhares de anos atrás: “A família, primeira célula de organização social e formada por indivíduos com ancestrais em comum ou ligada pelos laços afetivos, surgiu há aproximadamente 4.600 anos” (Barreto, 2012, p. 206). Obviamente que àquela época, não havia qualquer forma de organização baseada em leis escritas, sobressaindo-se o costume como fundamento da organização social.

Avançando um pouco mais no tempo, na Roma Antiga, encontram-se núcleos familiares mais desenvolvidos. À época, não se tinha uma idéia de horizontalidade nas relações familiares, estando todo o poder familiar concentrado no pai – ou na figura masculina que a administrasse:

Em Roma a família era definida como o conjunto de pessoas que estavam sob a patria potestas do ascendente comum vivo mais velho. O pater familias exercia sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre sua esposa e sobre as mulheres casadas, com manus com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política ou jurisdicional. Inicialmente havia um patrimônio só, que pertencia à família, embora administrado pelo pater. Numa fase mais evoluída do Direito Romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do pater. (Wald; Fonseca, 2023, p. 26).

Neste momento inicial, não se existia uma ideia consolidada de família como uma unidade, devendo haver o afeto e respeito, modulares do relacionamento. Em verdade, as mulheres e crianças pouco tinham voz, desempenhando um papel meramente acessório no seio daquela organização social. A interferência do Direito Canônico foi que, gradualmente, promoveu mudanças na forma de enxergar a família, ao estabelecer uma ideia de indissolubilidade, fidelidade e amor (Wald; Fonseca, 2023, p.27).

O modelo de família como é conhecido hoje resulta dos processos desenvolvidos após a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. A primeira proclamou a igualdade entre o homem e a mulher, descentralizando a figura do pai como chefe da unidade familiar. A segunda promoveu uma necessidade de também a mulher adentrar o mercado de trabalho. Atrelado a isso, a ideia de afeto como necessário a constituição da família ganhou força, muito devido aos ditames proclamados pelos ideais românticos da literatura (Dias, p. 27, 2015).

É cabível ressaltar que mesmo após a derrocada do Império Romano, na Idade Média, continuou a

prevalecer um modelo familiar centrado na figura do homem, mas com um pouco mais de mobilidade para a figura feminina. Somente após as duas revoluções supracitadas é que se passou a constituir modelos familiares mais parecidos com o que temos hoje:

Este modelo iniciou-se a partir do século XIX e foi precedido pelas Revoluções Francesa e Industrial, quando, àquela época, o mundo vivia em constante processo de crise e renovação. A partir de então, passou-se a valorizar a convivência entre seus membros e idealizar um lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Esse é o sentido da família na atualidade. (Barreto, 2012, p. 208).

Verifica-se que o tratamento que era dado a figura da família em face da sociedade e da legislação. Hoje, felizmente, o cenário encontra-se bem mais avançado, com o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres e uma série de normas para garantir e resguardar o direito da família e de seus membros. Veja-se que, na antiguidade, a ideia de divórcio era quase impensável (Wald; Fonseca, p.30). Hoje, admite-se tal instituto, havendo todo um regramento para preservar interesses e a integridade das pessoas que queiram passar por tal processo.

Wald e Fonseca afirma que a dissolução do casamento, na antiguidade, era considerada uma ofensa direta à Deus:

Sendo o matrimônio não apenas um contrato, um acordo de vontades, mas também um sacramento, não podiam os homens dissolver a união realizada por Deus: quod Deus conjunxit homo non separet. (Wald; Fonseca, 2023, p. 29).

Hoje, a dissolução do casamento é uma saída viável, podendo ser feita até e forma extrajudicial, devendo ser observada a via judicial no caso de haver filhos menores. No entanto, nem sempre o foi assim. Perdurou por muito tempo no Direito Brasileiro a ideia da impossibilidade da dissolução do pacto conjugal (Dias, 2019). O Código Civil de 1916 é que avança nesse sentido ao já prever a possibilidade da separação e do divórcio, temas os quais serão analisados posteriormente. O diploma legal em comento permitia a separação do casal somente após dois anos do casamento, cenário que sofreu mudanças após o a Lei do Divórcio, a Lei Nº 6.515, de 26/12/1977 (Brasil, 1977).

Uma questão que se impõe na temática pertinente à separação e ao divórcio é aquela relativa a guarda dos filhos menores. Se a legislação era primitiva ao tratar do divórcio, esta era quase inexistente no tocante à guarda dos filhos, devendo o filho permanecer com o cônjuge que não desse causa ao divórcio (Rio de Janeiro, 1916).

Convém esclarecer que a guarda compartilhada poderá ter origem em situações além das descritas, tais quais na união estável ou na produção independente. Veja-se que antes do Código Civil de 1916, não havia qualquer diploma legal que regulasse a matéria, ficando a critério dos juízes e da vontade das partes. Com a vinda do respectivo Código, reservou-se uma parcela para tratar do tema, nos artigos 325 a 328 (Brasil, 1916), os quais serão objetivos de análise posterior:

O Código Civil de 1916 disciplinava a proteção dos filhos em seus artigos 325 a 328, nos quais se pautava o direito à guarda dos filhos menores apenas ao cônjuge não culpado pela dissolução conjugal. Portanto, se a dissolução conjugal fosse por desquite amigável, observar-se-ia o que fosse acordado entre os cônjuges, varão e virago, quanto à guarda dos filhos menores. No entanto, se a dissolução fosse por desquite judicial, o cônjuge inocente seria o guardião dos filhos menores. (Bento, 2016)

O Código Civil de 2002 avançou um pouco mais, necessitando, no entanto, de legislações posteriores para complementá-lo (Brasil, 2002). Ele elencou a possibilidade de os filhos permanecerem sob a guarda de um dos genitores, no caso da guarda unilateral, estabelecendo também uma responsabilidade compartilhada na criação dos filhos, no caso de separação. Hoje se tem admitido a utilização da expressão convivência compartilhada para referir-se ao tema (Engel, 2019).

Viu-se, pois, que a maturação do tema demandou tempo e um percurso histórico legislativo, tendo avanços significativos somente no presente século. A questão da guarda compartilhada hoje está consolidada no tocante a doutrina, jurisprudência e Legislação, sendo objeto de debates e discussões constantes para o seu aprimoramento (Dias, 2015, p. 461). Se a legislação anterior era silente, a atual não se escusa da matéria.

Nesse sentido, é necessário adentrar ao tema desta pesquisa, isto é, a guarda compartilhada, no tocante aos desafios e possibilidades, no contexto da violência doméstica. Do esboço que foi traçado, verificou-se que

não havia qualquer Legislação a respeito da temática anteriormente (Dias, 2015, p. 519). Pode-se afirmar que, em razão do poder familiar atribuído à figura do pai, mesmo em caso de violência doméstica, este poderia admitir a criação dos filhos, haja vista o caráter patriarcal da lei.

Na medida em que o anteriormente ao Código Civil de 1916 não houvesse qualquer Legislação específica sobre o tema, verifica-se que o assunto ficava ao arbítrio dos familiares. Dando um salto no tempo, para os dias presentes, encontra-se uma Legislação modernizada, a qual admite que o juiz, observadas a particularidades do caso real, estabeleça um regime diferente daquele estipulado pela lei, falando-se até em graves motivos (Brasil, 2002).

Nesse contexto, há uma efetiva preocupação com um desenvolvimento saudável dos filhos menores e sua proteção nos casos de separação e divórcio. O desfazimento da unidade familiar poderá trazer impactos negativos, os quais a lei, por meio de medidas de proteção, procura mitigar:

O primeiro avanço ocorreu em 2008, com a instituição da guarda compartilhada (L 11.698/08). Deixou de ser priorizada a guarda individual, conferindo aos genitores a responsabilidade conjunta e o exercício igualitário dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. O modelo de corresponsabilidade foi um avanço, ao retirar da guarda a ideia de posse e favorecer o desenvolvimento das crianças com menos traumas, pela continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores. Determinou a atribuição da guarda a quem revelasse melhores condições para atendê-la, dispondo o não guardião o direito de visitar os filhos e fiscalizar sua manutenção e a educação. A mudança foi significativa. (Dias, 2015, p. 520)

A proteção da criança e do adolescente requer um esforço multidisciplinar no contexto da violência doméstica. Pode-se afirmar que o Código Civil de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como a Lei Maria da Penha, ainda que de forma indireta, refletem essa preocupação. Temas como alienação parental, violência doméstica ganham voz para reiterar o legítimo interesse na preservação do bem estar do menor.

Tem-se que o princípio do melhor interesse é o guia que disciplina a lei e sua aplicação no direito brasileiro hoje, conforme esclarece Felipe Monteiro Mello (2023):

De acordo com a origem do conceito, o princípio do melhor interesse da criança teve origem no instituto inglês ‘*parens patriae*’, que visava a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Naquela época, o Estado assumia a responsabilidade pelas pessoas limitadas, como os loucos e os menores. Com o tempo, esse instituto evoluiu para o princípio do ‘*bestinterestofthechild*’. O princípio ‘*bestinterestofthechild*’ foi recepcionado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, no artigo 3º, item 1, e trata da proteção dos interesses das crianças.

Segundo especialistas, esse Princípio aqui no Brasil, não possuía previsão expressa na Constituição Federal ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas com o decreto 99.710/90 houve a adesão pelo país, que ratificou a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989.

Com uma interpretação implícita nos direitos fundamentais, previstos pela Constituição, no que se refere a crianças e adolescentes, aplicando sob o artigo 227, que estabelece os deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e ao adolescente perceberam a possibilidade da aplicação do Melhor Interesse.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a Proteção Integral, em seus artigos 3º e 4º da lei 8.069/90, faz o uso conjunto desse com o Princípio do Melhor Interesse, vindo a ter valor de ordem Internacional, Constitucional e também em uma norma especializada (ECA).

Estes temas serão melhores explorados adiante, cumprindo destacar que a lei hoje é moderna, priorizando o bem-estar da criança (Dias, 2015, p. 521). Efetivamente, o presente estudo buscar analisar se como têm decidido também os tribunais no caso concreto, de forma a construir um panorama jurídico sobre a questão, assim como as recentes modificações legais, visando uma solução para o tema em questão.

1.2 Uma análise à luz da legislação anterior ao Código Civil de 2002

No tópico anterior, viu-se que o instituto da guarda compartilhada percorreu um longo caminho de desenvolvimento histórico para alcançar o grau de maturidade legislativa e doutrinária que existe hoje. Verificou-se, também, que o tema se insere no rol dos assuntos estudados e disciplinados pelo Direito Civil, mais especificamente no direito de família. Nesse diapasão, o presente tópico procura analisar o percurso histórico

Antes, porém, cumpre definir o que é guarda compartilhada, conceituando-a de acordo com o que prega a doutrina. Uma definição que mais se aproxima do que se pratica hoje, em todo o mundo, seria aquela de Joan B. Kelly e Michael E. Lamb (2000):

A guarda compartilhada é um arranjo no qual os pais divorciados ou separados compartilham a autoridade e a responsabilidade pelo cuidado e tomada de decisões em relação aos filhos. É um compromisso contínuo dos pais em cooperar e dividir o tempo de convívio com os filhos de forma equitativa, a fim de promover o bem-estar emocional e o desenvolvimento saudável das crianças.

No contexto brasileiro, é relevante a lição de Silvana Maria Cabonera (2000, p. 64), que a define nos seguintes termos:

Instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.

Analisar a Legislação pertinente à guarda compartilhada dos filhos menores em caso de dissolução da sociedade conjugal, sob uma perspectiva histórica, requer a divisão em três momentos fundamentais. A primeira delas sob a égide do Código Civil de 1916, pois tal diploma representa um marco na regulação da vida privada e do direito civil brasileiro. Daí porque começar a análise por essa legislação. Outro marco legal veio com a chamada Lei do Divórcio (Brasil, 1977), a qual modernizou a legislação pátria, ao tornar mais viável e facilitado o processo de divórcio e a consequente e não menos relevante guarda dos filhos menores. E, posteriormente, a promulgação da Constituição Federal de 1988, e a necessidade de modernização da lei para que essa se adequasse aos ditames do texto constitucional (Gonçalves, 2020, p. 452).

Hoje, o princípio que rege a guarda compartilhada é do melhor interesse do menor. Assim, há uma primazia do que for mais interessante à criança e ao adolescente, no tocante aos aspectos materiais (alimentos, educação, proteção, segurança, saúde) e imateriais (afeto, carinho, ambiente saudável) (Tartuce, 2020). Mas, nem sempre o foi assim. Tinha-se o entendimento que aquele que desse causa para o divórcio, seria preterido no tocante a guarda dos filhos. A guarda caracteriza-se por ser unilateral, no Código de Beviláqua:

De acordo com o art. 326 do Código Civil de 1916, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” Fica evidenciado aqui que a guarda a um só dos genitores era atribuída, quando não houvesse acordo de guarda entre os cônjuges, àquele que não deu causa ao desquite. Ou seja, era levada em consideração a culpa dos genitores, sendo atribuída a guarda ao cônjuge que não tivesse culpa do desquite. (Chagas, 2012, p. 62)

Independente da análise de qualquer outro fator, quem desse causa ao divórcio, por consequência ficaria privado da tutela dos filhos. A guarda tinha uma natureza, então, unilateral, desconsiderando qualquer outro fator de interesse. Esse elemento unilateral trazia inúmeros prejuízos, vez que um dos genitores era preterido no cuidado com o filho. De acordo com Chagas (2012, p. 66 apud Welter, 2009, p. 56): “a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.” Tendo em vista o exposto, não se pode falar em guarda compartilhada a essa altura em razão da unilateralidade desse instituto.

A legislação posterior ao Código Civil de 1916 somente foi promulgada seis décadas depois. Houve, definitivamente, um silêncio legislativo acerca da questão, prevalecendo, em todo caso, o entendimento de que o filho permaneceria sob a tutela daquele que não desse causa a dissolução do casamento. Pequenas alterações foram promovidas, pois, com a edição da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Embora essa consagrasse ainda a unilateralidade, em seu bojo trouxe a possibilidade de os filhos permanecerem sob a tutela dos dois genitores, havendo, todavia, a prevalência de um deles (Dias, 2015, p. 518 e 519).

A unilateralidade na respectiva lei se dava em razão de haver a chamada culpa de um dos cônjuges pelo divórcio. Havendo uma dissolução consensual do casamento, prevalecia um critério arbitrário, isto é, prevaleceria o que ficasse acordado entre os genitores, não havendo qualquer ingerência da lei no tocante a isto. O artigo 9º dispunha que no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos (Brasília, 1977).

O artigo 10 da Lei 6.515/77, definia que na separação judicial fundada no “caput” do artigo 5º, e os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa, ao divórcio no caso (Brasília, 1977). Havia, pois, a preferência ao cônjuge que não tivesse dado início ao processo de divórcio. Entretanto, os principais avanços estavam consubstanciados nos artigos 11 e 15. Em sua literalidade, dizia o artigo 13: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais” (Brasília, 1977).

O artigo 15 da Lei 6.515/77 elencava a possibilidade de o cônjuge que não tivesse a guarda conviver com o filho também. Veja-se que a guarda ficava exclusivamente com um dos cônjuges, não sendo o outro privado de visitá-lo e custodiar sua educação. O texto da lei dizia que os pais que não tiverem a guarda dos filhos, poderão visitá-los e tê-los em sua companhia, de acordo com o que definir fixar o juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação (Brasília, 1977).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 provocou poucas mudanças nesse cenário. No entanto, gerou uma discussão doutrinária acerca do modelo então vigente, o qual era alvo de muitas críticas. As especiais preocupações com a criança e ao adolescente no bojo do texto constitucional levaram às mudanças que foram verificadas no Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), as quais serão objetos de estudos pormenorizados adiante (Gonçalves, 2020, p. 405).

1.3 O artigo 1584 da Lei 10.406/2002, e seu estímulo da parentalidade saudável

A promulgação da Constituição Federal de 1988 promoveu profundas mudanças na forma de se entender o direito de família, priorizando-se relações equilibradas, em que todos os seus membros componentes. A constitucionalização das relações privadas não é novidade. No entanto, foi nesta seara do direito civil que se notou o maior impacto dos ditames constitucionais, muito em razão da sistemática principiológica do texto constitucional:

Assim, dessa supremacia normativa constitucional, detectam-se como consectários: i) a necessidade e releitura dos conceitos e institutos jurídicos clássicos (como v. g., o casamento e a filiação), ii) a elaboração e o desenvolvimento de novas categorias jurídicas (não mais neutras e indiferentes, porém dinâmicas, vivas presentes na vida social, como no exemplo da união entre pessoas do mesmo sexo) [...] (Farias; Rosendal, 2010, p. 32)

A partir da leitura do excerto, verifica-se que o direito constitucional promoveu uma necessidade de releitura dos antigos institutos do direito civil, remodelando-os a maneira da Constituição Federal:

Percebe-se que o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais (nos arts. 226 e 227, por exemplo, a Constituição disciplina a organização da família). Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional (Farias; Rosendal, 2010, p. 32)

Dos princípios constitucionais aplicados ao direito de família, destacam-se os da pluralidade das entidades familiares, igualdade entre homem e mulher, igualdade entre os filhos, planejamento familiar e paternidade responsável e a facilitação da dissolução do casamento (Brasil, 1998).

O primeiro contempla as diversas formas de família existente na sociedade. O segundo, estabeleceu a igualdade entre os cônjuges, de forma que esses têm deveres e direitos iguais. A igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos foi admitida pelo texto constitucional. Por fim, a facilitar o a dissolução do casamento foi para atender um anseio social e não forçar a continuidade de relações desgastadas (Brasil, 2002).

Veja-se, pois, que houve um massivo enraizamento do direito constitucional no direito civil. Essa discussão mostra se relevante na questão da guarda compartilhada, haja vista as mudanças promovidas nesse instituto, tendo por ponto de partida os ditames constitucionais.

6

Hoje, a guarda compartilhada não deixa de observar o que preceitua a Constituição Federal de 1988. E ainda, no contexto moderno, ainda prevalece o entendimento da antiga Lei do Divórcio. Isto, pois, quando da edição do Código Civil de 2002, este nos seus artigos 1.583, 1.584 e 1585, reproduzia muito do que dizia a Lei 6.515/1977. É somente com a advento da Lei 11.689/2008 que se passa a falar em guarda compartilhada ou pendular no contexto do direito civil brasileiro:

É importante ressaltar, nesse momento, que, antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, não havia previsão expressa do instituto da guarda compartilhada

e nem da guarda alternada. Ambos os institutos, mesmo não tendo previsão expressa, eram aplicados a determinadas casos, tendo em vista a possibilidade de utilização de outros dispositivos, como o do art. 226, § 5º, da CRFB/88, que consagrou o princípio da igualdade entre os cônjuges na relação conjugal e o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, consagrado como direito fundamental pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88, com a assinatura da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, feito pela ONU em 1989. Depois da nova redação do artigo 1.583, só se torna viável a aplicação da guarda compartilhada, como regra geral, e, excepcionalmente, a guarda unilateral. Não sendo mais possível a atribuição de guarda alternada (ou pendulum). (Chagas, 2012, p. 69)

Nos termos do Código Civil de 2002, anteriormente às modificações promovidas pela referida Lei 11.689/2008 que guarda seria atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, conforme preceitua o artigo 1584 do Código Civil (Brasil, 2002). Prevalencia, ainda, decorridos mais de oito décadas do Código Civil de 1916, a ideia da unilateralidade. A previsão de uma responsabilidade mútua era quase inexistente.

Com as modificações promovidas pela lei em comento 11.689/2008, deu-se uma nova redação ao texto legal, que passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser” (Brasil, 2008) Pela primeira vez na legislação brasileira, admitia-se o uso da expressão “compartilhada” para referir-se a guarda, deixando claro que o encargo não deveria ser de apenas um dos cônjuges, estimulando uma parentalidade responsável, a qual se trata do trabalho de ambos os cônjuges na criação e educação dos filhos (Brasil, 2008).

O artigo 1854 do Código Civil já estabelece que a guarda poderá ser unilateral ou compartilhada, a qual poderá ser requerida por consenso ou em ação autônoma no caso de separação, de divórcio, da dissolução da união estável ou, por fim, em medida cautelar, nos termos do inciso do inciso I do referido artigo (Brasília, 2002).

O juiz também poderá determiná-la de ofício, atendendo as imposições da realidade fática. Em adição, não havendo acordo entre os pais, prevalecerá sempre o que definir o juiz, o qual deverá priorizar a guarda compartilhada, e nunca a guarda unilateral.

Veja-se que há toda uma preocupação da lei em proteger o melhor interesse dos filhos, havendo um arcabouço jurídico, podendo ser a guarda, requerida ou determinada pelo juiz, a partir da observação do caso prático. Os filhos menores passam a ter especial atenção da legislação para evitar prejuízos e danos em caso da dissolução da sociedade conjugal. Tal preocupação é relevante, na medida em que essas não podem ser afetadas por tal dissolução, representando, tal artigo, um significativo avanço na parentalidade responsável.

CONCLUSÃO

A guarda compartilhada, conforme prevista no artigo 1584 da Lei nº 10.406/2002, representa um marco significativo na legislação brasileira, refletindo mudanças sociais e culturais que valorizam a corresponsabilidade parental. A análise histórica e legal deste estudo evidencia que a guarda compartilhada não apenas promove um ambiente familiar equilibrado e saudável, mas também prioriza o bem-estar e os interesses das crianças envolvidas.

O avanço legislativo, impulsionado pela alteração trazida pela Lei nº 11.698/2008, tem como objetivo principal garantir que ambos os genitores participem ativamente da vida dos filhos, mesmo após a dissolução da união conjugal. A implementação da guarda compartilhada é vista como um meio eficaz de mitigar os impactos negativos da separação parental, proporcionando às crianças uma continuidade de vínculos afetivos e um desenvolvimento emocional mais estável.

Este artigo ressalta a importância da cooperação e da comunicação entre os pais, elementos essenciais para o sucesso da guarda compartilhada. Além disso, evidencia que a guarda compartilhada é a modalidade preferencial na legislação brasileira, salvo em casos de inviabilidade, promovendo uma parentalidade responsável e colaborativa.

Portanto, conclui-se que a guarda compartilhada, conforme estabelecida pelo artigo 1584 da Lei nº 10.406/2002, é um avanço significativo na proteção dos direitos das crianças e na promoção de uma parentalidade equilibrada. A legislação brasileira, ao incentivar essa prática, contribui para a construção de um futuro mais justo e saudável para as famílias, garantindo que os interesses dos menores sejam sempre colocados em primeiro lugar.

REFERÊNCIAS

BARRETO, R. A. **História da Família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BENTO, J. A. **A Evolução do Direito de Família no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, 2015.

_____. **Lei do Divórcio**. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Brasília, 1977.

CHAGAS, S. M. **A Guarda Compartilhada no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIAS, S. P. **Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ENGEL, T. J. **Novos Paradigmas na Guarda dos Filhos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FARIAS, F. C.; ROSENVALD, E. **Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, A. S. **Direito de Família**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MELLO, F. M. A. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança no Direito Brasileiro**. Revista de Direito da Criança, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 123-145, 2023.

TARTUCE, F. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

WALD, G.; FONSECA, M. **O Direito de Família no Direito Romano**. São Paulo: Atlas, 2023.

WELTER, P. A. **Evolução Histórica do Direito de Família**. São Paulo: Editora do Brasil, 2009.